

ヴァイマル憲法制定国民議会における 裁判官の審査権

——「ヴァイマル憲法下の裁判官の審査権」研究序説——

畑 尻 剛

目 次

問題の所在

I 裁判官の独立

1. 「裁判官の独立」規定
2. 憲法委員会における討議
3. 「裁判官の独立」規定の機能

II 裁判官の審査権と国事裁判所

1. 国事裁判所の権限
2. 憲法委員会における討議
3. 裁判官の審査権と特別裁判所による審査

III 国事裁判所法制定過程における議論

1. 国事裁判所の人的構成
2. 法務委員会における討議

結 語

問題の所在

ヴァイマル憲法制定国民議会における裁判官の審査権——法律の憲法適合性審査権限⁽¹⁾に関する審議の経緯は、この問題の後の展開にとって非常に示唆的である。これは二重の意味において、そう考えられる。まず第一は、制憲議会が裁判官の審査権を議論の対象としながら、アンシュッツのいうように、「意見の一致をみることができないということについて意見の一致をみた⁽²⁾」のであ

り、実定的規律をなすまでには至らなかったことである⁽³⁾。これは、裁判官の審査権がヴァイマル憲法時代全般にわたって様々の形で議論され、政府草案という段階にまでなったが、ついに実定化されることがなかったことに対応する。第二は、既に制憲議会において、ヴァイマル憲法時代のこの問題に関する議論を規定する基本的図式——一般の裁判官の審査権肯定・特別裁判所論（肯定・集中論）と一般の裁判官の審査権否定・特別裁判所論（否定・集中論）——があらわれていることである。確かに、制憲議会での審議では、議員はこの問題について相互に議論し尽すというよりはむしろ、各人の立場を主張することに終始しており、また各人の用いる概念にしても明確とはいえない。また、過去における経験不足からか、議論がともすればあるべき制度の模索にとどまり、「ヴァイマル共和国の政治・社会状況の変化に照らして後に明らかとなるこの問題の起爆力は、この議論の中では生じていない」⁽⁴⁾。しかし、この段階で、一般の裁判官の法律に対する憲法適合性審査権を肯定するか否定するかの議論と特別裁判所（国事裁判所）の審査権を肯定するか否定するかの議論が同時に行われ、その中で肯定・集中論と否定・集中論という図式があらわれていること自体、制憲議会での議論と後の学界における論争及び政府草案との関連性を示すものである。

したがって、ヴァイマル憲法下の裁判官の審査権を研究するためには、その序説として、制憲議会での討議を検討することが不可欠なのである。

本稿の主たる考察対象は、1919年5月28日の憲法委員会第32回会議における裁判官の審査権に関する討論である。本稿では、これとあわせて、憲法委員会第31回会議での「裁判官の独立」規定に関する討議及び国事裁判所法制定過程におけるライヒ議会の法務委員会での討議が検討される。なぜなら、前者では、後の裁判官の審査権論争における肯定・否定論双方の重要な論拠となる、裁判官に対する信頼・不信がはっきりとあらわれており、後者では、特別裁判所論の根強さが示されると同時に、これが後の政府草案への第一歩ともなっているからである。

注

- (1) 本稿で、「裁判官の審査権(richterliches Prüfungsrecht, richterliche Prüfungszuständigkeit)」とは、一般の裁判所の裁判官が、具体的事件を契機として、適用法令の上位法令との適合性を審査する権限を意味する。したがって、本稿中「一般の裁判官の審査権」という用語が多く用いられているが、これは、特別裁判所の審査との対比のためであって、「裁判官の審査権」を限定するものではない。なお、特に示さない限り、審査の対象は、(ライヒ)憲法と(ライヒ)法律との適合性である。「裁判官の審査権」の概念については拙稿「19世紀ドイツにおける裁判官の審査権」法学新報第90巻7・8号(以下19世紀)161頁参照。
- (2) Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Berlin, 14 Aufl. 1933, S. 371.
- (3) ハーゼが「示唆的である」とするのは、この意味だけである(Friedhelm Hase „Richterliches Prüfungsrecht und Staatsgerichtsbarkeit“ in: Hase/Ladeur, Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System, Frankfurt/New York, 1980, S. 109)。
- (4) Wolfgang Wehler, Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, Bonn, 1979, S. 64.

I 裁判官の独立

1. 「裁判官の独立」規定

「裁判官の独立」又は「司法権の独立」に関する規定は、近代憲法の段階から広く各国において導入されている。ヴァイマル憲法も第102条及び104条において同旨の規定を置いているが、これらの規定は、プロイセン憲法第86条や1877年の裁判所構成法第1条を受けたものである。したがって、ヴァイマル憲法制定国民議会においても、裁判官の独立はいわば自明のものと考えられていた⁽¹⁾。

しかし、その制定過程をみると、これについて全く異論がなかったわけではない。社会民主党及び独立社会民主党の議員の中から、「裁判官の独立」規定の再検討を求める提案がいくつか提出されている。特に、後にヴァイマル憲法第104条に明文化された「裁判官の終身制」をはじめとする身分保障については、裁判官の民主的統制、つまり議会による裁判所のコントロールや国民によ

る裁判官の選挙などの要求がなされているのである。

しかも、このような議論は、本稿の主題である裁判官の審査権とも密接に結びついているのである。つまり、裁判官の審査権をめぐる後の論争において、ある者はこの第102条を実定憲法上の根拠にして裁判官の審査権を承認しようとしており、またある者は、第102条及び第104条によって民主的コントロールから解き放たれた裁判官の活動に、裁判官の反議会主義的態度や裁判官に対する不信をみて、これを審査権否定論の有力な論拠とするのである。したがって、制定過程における裁判官の審査権に関する議論をみる前に、「裁判官の独立」規定制定をめぐるなされた議論を検討することは、本稿の主題にとっても必要であろう。

ここでの直接の対象は、第2政府草案に対する憲法委員会第31回会議（5月27日）の討議である。第2政府草案における「裁判官の独立」規定は、第108条及び第109条である。

「第108条 通常裁判権は、法律にのみ拘束される独立の裁判所によって行使される。

第109条 裁判官は終身官とする。」

この両規定は、第1政府草案（1919年2月17日）の第103条及び第104条をそのまま踏襲したものである⁽²⁾。

2. 憲法委員会における討議

議論のきっかけを作ったのは、シュパーン議員及びコーン議員の提案である。シュパーン（Peter Spahn）——中央党——は、第108条乃至第112条——第7章「司法」のうち、行政裁判及び国事裁判所に関する規定以外のすべて——を削除するように提案した。彼の提案趣旨は、第108条乃至第112条の規定と同旨の規定が従来の裁判所構成法にもあり、これを憲法レベルで保障する必要がないというものである。たとえば、第109条は裁判官の終身制を規定するが、これによって、法律で裁判官について定年制を導入することは不可能となる。

つまり、その後の状況の変化によって裁判官の定年制導入が必要となったとき、憲法改正が行われなければならない。したがって、この種の規定は、ライヒ議会の多数意思に委ねた方がよいとするのである⁽³⁾。また、コーン議員の提案は、第108条を、「裁判権は法律にもとづいて人民裁判所 (Volksgerichte) によって行使される。軍人の身分に属する者も人民裁判所の裁判に服する。軍法会議及びあらゆる種類の例外裁判所は禁止される。詳細は裁判所構成法がこれを定める。」という規定に替え、第109条乃至第112条を削除しようとするものである⁽⁴⁾。

(1) カール (Wilhelm Kahl) 議員——ドイツ人民党——の見解

カールは、裁判官の独立を従来の内容で憲法上保障すべきであるとの立場から⁽⁵⁾、「裁判官の独立」規定を憲法から削除することにも又、裁判官を国民が選出することにも反対する。

「我々は、シュパーン議員が裁判官の独立に関する規定を憲法から除こうとする点で、彼の提案に反対する。憲法は、独立した章の形で司法の保障を含んでいなければならない。確かに、草案には若干のあいまいさがある。たとえば、草案は第108条で通常裁判権 (ordentliche Gerichtsbarkeit) という言葉を用いているが、そこで考えられているのは、裁判権 (richterliche Gewalt) のことである。

裁判官の選出の問題については、遺憾ながらさまざまな形での概念の混乱が生じている。裁判官の任命に関する従来制度が正当であることは、確証されている。裁判官を国民が選挙することは、裁判官の独立を動揺させることを意味する⁽⁶⁾。」

(2) コーン (Oskar Cohn) 議員——独立社会民主党——の見解⁽⁷⁾

ここで紹介する議員の発言のうち、最も強く「裁判官の独立」規定に反対するのが、コーン議員である。独立社会民主党に所属する彼は、誰よりも裁判官の保守性、階級司法を指摘し、「裁判官の独立」規定のイデオロギー性を主張する。既に彼は、1918年12月14日のベルリン法曹協会の大会において、次のような趣旨の発言を行っている。即ち、裁判官は確かに意図的ではないが、客観的には階級司法を推進した。社会民主国家では、裁判官の非免官性 (Unabsetz-

barkeit) は、もはや認められないし、可能でもない。今日からは、裁判官は国民によって、そして期限付きで選出されなければならない、と⁽⁸⁾。憲法委員会での彼の発言も、このような彼の従来の考えと同様である。

「私はシュパーン議員の提案と同様に、草案第109条乃至第112条を削除することに賛成する。しかし、その理由はシュパーン議員と同じではない。私の提案について、以下説明する。

国民の見解と学識ある裁判官の見解の間には大きな断層が形成されている。そしてこの断層は、上から保護されたり又は強制される活動の担い手である裁判官の間にも生じている。

従来いわれてきた裁判官の独立はたんなる幻想にしかすぎない。

(カール議員の発言『異議あり』)

我々が本大戦で経験したように、ライヒ大審院は、反逆者が本大戦において当然に公民権をとり上げられるという原則を定めた。これによって、刑法第20条は實際上排除されたのである。カール議員は裁判官の独立に関して正当な見解をもっていない。裁判官は、従来その時々々の権力保持者に屈服してきた。たとえば、私は、1890年以降、特に1895年から96年の不敬罪による有罪判決の流行を思い出す。

私は、人民裁判所もまた多くの欠陥を内包していることを否認するものではない。しかし、私にとって、国民大衆による裁判所に対する不断のコントロールの方がまだ危険性は少ないと考える……⁽⁹⁾。」

コーンのこのような考えは、1919年2月28日の憲法委員会第17回会議において一層明確である。

「スイスやその他の国々において、国民による裁判官の選挙が適切であることが示されている。そして、次のことが緊急かつ徹底的に考えられなければならない。即ち、下級裁判所の裁判官を選挙で任用・罷免できることとし、終身任命制の廃止によって、少なくとも下級裁判所については、国民の要求や見解との生き生きとした接触が生まれるのではないだろうか。

(ドイツ民主党議員の発言『それでは、裁判所が政治化されてしまう』)

おっしゃる通り、ある程度までこのことは裁判所の政治化である。しかし、裁判官の非免官性は、多様な階級の上に立ち立てられた国家においてのみ意味がある。国家が国民であり、国民が国家であるところでは、裁判官は国民の信頼によって維持され

ているのであり、もしそうでなければ、裁判官は、ライヒ議会や大臣と同様にその職を辞さなければならない⁽¹⁰⁾。」

以上のように、コーンは、裁判官の保守性、司法の階級性を指摘すると同時に、これを是正するための方策として、国民による裁判官の選出⁽¹¹⁾と裁判の民主的コントロールを挙げている⁽¹²⁾。

(3) カッツェンシュタイン(Simon Katzenstein)議員——ドイツ社会民主党——の見解

カッツェンシュタインは、従来の社会民主党の見解に従い⁽¹³⁾、裁判官の選挙制を主張する。

「私は、ほぼ全面的にコーン議員の意見に賛成する。私の場合もまた、……裁判官は法を形成するということを主張することになる。私にとっての理想は、裁判官がいかなる法典も必要としないことである。人民裁判所によって、我々はこのような理想に接近することができるであろう。

私は、人民裁判所という表現が不明確であることを承知している。私の望むところは、裁判官の任用にあたって法律家の影響が排除されることである。すべての人々の要求が認められなければならない⁽¹⁴⁾。」

「裁判官の任命の問題についていえば、終身任命制は結果的には裁判官の補欠選挙と同じである。私の所属する政党は、裁判官の選挙を要求する。いずれにせよ、この問題は、憲法ではなく、裁判所構成法において規定されるべきである⁽¹⁵⁾。」

(4) デューリンガー(Adelbert Düringer)議員——ドイツ国民党——の見解

デューリンガーは、彼の擁護する「裁判官の独立」に対して投げかけられた疑念に対して、強く反発する。

「コーン議員は、ドイツの裁判官に対して途方もない主張を投げかけているが、私はこれを拒否する。裁判官は立法者の立場に立つよう自ら努力する。しかし、だからといって、裁判官が政治的考慮に左右されるということには、私は強く反対する。ドイツの裁判官の独立及び清廉さは、ドイツ文化の名誉である。我々の裁判官は独立で

あり、独立を自称する人々（独立社会民主党員——引用者）よりも独立している⁽¹⁶⁾。」

デューリングアのこのような強い調子の主張の背後には、次のような彼の現状認識があった。即ち、デューリングアによれば、「不幸な世界大戦の勃発、帝国の瓦解、皇帝の追放、国防軍の完全なる解体の後に、新時代において必要とされた秩序ある国家体制のための最後の防波堤となったが、ドイツの官僚及び司法が無疵であったことである。官僚は自己の立場への確実な責任感を堅持した。革命が公的生活に対する途方もない混乱やカタストロフィーなしに実施されたのは、本質的に官僚のおかげである。司法もまた自己の使命を完遂したが、これを可能にしたのは本質的にみて、司法が最初に挙げた原則（「裁判官の独立」原則——引用者）によって国家機関において占める国法上の地位である」⁽¹⁷⁾。

(5) ツヴァイゲルト (Konrad Zweigert) ——ライヒ法務大臣——の見解

ツヴァイゲルトの発言は、デューリングアの見解とともに、「裁判官の独立」を自明のことであると考えていた者が「階級司法」という非難に対してどのように反応するかを示すものとして、興味深い⁽¹⁸⁾。

「私は、ライヒ司法行政の名において、同時に、ここに出席しておられる連邦国家の全代表者の名において、ドイツの裁判所と裁判官が意識的に法を曲げているというコーン議員の非難に対して強く異議を唱える。様々の意見の相違にもかかわらず、今までの議論は同じ土俵の上で行われてきた。それ故、なおさら私は、コーン議員の議論がそこからはずれてしまっているのを残念に思う⁽¹⁹⁾。」

このようなツヴァイゲルト議員の発言に対して、コーンが再批判する。

「私は、私が裁判官に対して階級裁判という言葉で故意に法を曲げているとの非難を行ったとする非難を拒否する。裁判官が法を故意に曲げることが問題なのではない。私の意見は、ただ次のように理解していただきたい。即ち、裁判官は、彼が他の階級の人々を裁き、その際誤った判決に至る場合には、自己の生活背景や環境への従属性を断ち切れないうるのである。このことが、階級裁判というものの確立した概

念なのである。」⁽²⁰⁾

採決が行われ、コーン議員の提案は否決され、シュパーン議員は自己の提案を撤回した⁽²¹⁾。

3. 「裁判官の独立」規定の機能

以上の討論を経て、憲法委員会案（6月18日）としては、本問題に関する条項は次のようになった。即ち、第101条は「①通常裁判権は、ライヒ裁判所及び各ラント裁判所がこれを行行使する。②裁判官は独立であり、法律にのみ服する」と、第102条は「通常裁判所の裁判官は終身官とする」となった。最終的にヴァイマル憲法は、この憲法委員会に若干の文言が付加されて成立した。第101条2項が第102条に、第101条1項が第103条となった他に、第102条は、「裁判官は裁判所の判決並びに法律の定める理由及び手続によるのでなければ、その意に反して免官、停職、転任され、若しくは休職を命ぜられない。……。」の文言が付加されて第104条1項となった。

このような形で制度化された司法に対する民主的統制の欠如は、様々の形で後のヴァイマル憲法の展開に影響を与えている。そのうち、最も重要なことは、反共和国的・反議会主義的裁判官層が旧帝国から断絶なく継承されたことである⁽²²⁾。本来、ドイツの裁判官層は、「専制時代から、伝統的努力によって王権に対抗して、司法権の独立を獲得し⁽²³⁾」、「三月革命後のドイツ・リベラル派の政治的代弁者」⁽²⁴⁾であった。しかし、「ビスマルク体制の人事政策を通じて反体制派をパージした後の非政治的・中立的官僚の体質に変えさせられ⁽²⁵⁾」た裁判官層は、王権、軍隊、官僚、地主、ブルジョアジーという支配層の代弁者となった⁽²⁶⁾。このように変質した裁判官層が、ドイツの敗戦・革命・ヴァイマル共和国の成立という政治的変動に対して批判的であったのは当然であろう。

このような状況において、裁判官の独立の機能も変質する。つまり、裁判官の独立というものが本来もっていた、反封建的・自由主義的機能は、「1919年

に行われた議会主義的プレビシットの民主主義への移行によって、他の意味、即ち政治的反動の道具となった⁽²⁷⁾」のである。しかも、この「裁判官の独立」規定は、コーンの指摘するように裁判官と国民との距離を一層遠いものにする。つまり、国民は、民主的コントロールから解き放たれた裁判官の独善的・反共和主義的態度をみて、裁判官に対する不信をつのらせると同時に、裁判官は、「裁判官の独立」という高所からライヒ議会の運営をながめながら、増々反議会主義的傾向を強めるのである。

注

- (1) 無論これは、裁判官の独立が事実上確立していたことを示すものではない。なぜなら、ビスマルク憲法が裁判官の独立を保障する規定をもたなかったことそれ自体、「ビスマルク憲法の反リベラリズムの表れにほかならない」と考えられるからである（小田中聡樹『続現代司法の構造と思想』日本評論社1981年23頁参照）。
- (2) Vgl. Heinrich Triepel, *Quellensammlung zum Deutschen Reichsstaatsrecht*, Tübingen, 1922, S. 28, 33.
- (3) Vgl. *Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung*, (以下, *Verhandlungen*) Bd. 336, *Anlagen zu den Stenographischen Berichten*, Nr. 391, *Bericht des Verfassungsausschusses*, Berlin, 1920, S. 353 f.
- (4) Vgl. *Verhandlungen*, Bd. 336, S. 358 f.
- (5) たとえば、カールは、2月20日の第12回会議において、裁判官の独立の重要性を強調している（Vgl. *Verhandlungen*, Bd. 333, S. 225.）。
- (6) *Verhandlungen*, Bd. 336, S. 362.
- (7) コーンの見解は、既に我国でも紹介されている。斎藤秀夫『国会と司法権の独立』岩波書店昭和26年66頁以下、山下健次「ワイマール体制下の司法権」立命館大学人文科学研究所紀要第6号146頁以下参照。
- (8) Vgl. DJZ 1919, Sp. 2.
- (9) *Verhandlungen*, Bd. 336, S. 362 f. コーンが述べる国民と裁判官の間の意識の断層については、熊田教授も指摘している。即ち、「当時裁判官と国民または、裁判官と議会の間には明白な心情の相違が認められ、それに裁判官の反議会主義的傾向は、ヴィルヘルム時代よりも一層増大していた」（熊田道彦「平等原則における立法者拘束説（5）」山梨大学教育学部研究報告第24号114頁）。
- (10) *Verhandlungen*, Bd. 333, S. 406.

- (11) 裁判官の公選制については、小田中前掲書 9 頁以下及び29頁以下参照。
- (12) ここではそれほど具体的には主張されていない裁判の民主的コントロールについて、斎藤教授の指摘が参考となろう。斎藤教授によれば、「ワイマール憲法第102条の討議に際して……コーン議員より議会の司法に対する上級監督 (Oberaufsicht) という名目をもって議会に一種の議会的官房司法 (ein Art von parlamentarischer Kabinetsjustiz) を付託する提案が為されたことを、ここに想起せざるを得ないのである。……右の提案は『議会はライヒの行政及び司法に対して上級監督権を有する。議会は政府及び大統領に対し行政事件に関し拘束力ある指令を与えることができる』という規定を憲法中に追加しようとしたものであるが、政府はこれこそ司法権の独立の原則を危くせしめるものであり、司法権の独立の原則を撤廃せんとするものであるとして断乎この提案に反対したわけである。」(前掲書67頁)。
- (13) 「ワイマール憲法草案審議の過程で、社会民主党は司法権の独立を直接問題にしないで、むしろ裁判官の選出方法、及びいわゆる素人裁判官 (Laierichter) の参加による裁判の民主的統制を考えていたようである。然しそれは、1891年の同党のエルフルト綱領にみられる裁判官選挙制ほど徹底したものではなく、又、帝政時代からの裁判官の地位に触れるものでなかった」(山下前掲論文148頁注3)。
- (14) Verhandlungen, Bd. 336, S. 363.
- (15) Verhandlungen, Bd. 336, S. 358.
- (16) Verhandlungen, Bd. 336, S. 363.
- (17) Adelbert Düringer „Die Politisierung der Justiz“ DJZ 1922, Sp. 521 f. 彼は、このような現状認識の上で、裁判官の公選制が司法の政治化につながるとして、これに強く反対する。即ち、「左翼急進派によって、職業裁判官を含めたすべての裁判官の国民による選挙が要求されている。實際上これは、政党による政党的利害にそった選挙を意味する。これは、裁判官の独立及び司法の独立全体の終焉である。これによって司法は、政党政治に超越する自己の使命を奪われ、そして政党恐怖政治の手先になり下がるのである。」(a. a. O., Sp. 523)。
- (18) 同様の反応は、ベルリン法曹協会での前述したコーンの発言に対するギールケ (Otto von Gierke) の反論にも表われている (Vgl. DJZ 1919, Sp. 1)。
- (19) Verhandlungen, Bd. 336, S. 363.
- (20) Ebenda. なお、「階級司法 (Klassenjustiz)」の概念については、Ernst Fraenkel, Zur Sozialogie der Klassenjustiz, Berlin, 1927, 木村亀二「階級裁判の社会学と法哲学」『法哲学——人と思想——』角川書店昭和24年317頁参照。
- (21) Vgl. Verhandlungen, Bd. 336, S. 363.
- (22) 大西芳雄「ワイマール憲法の崩壊」『憲法と行政争訟』有斐閣昭和52年182頁参照。

- (23) 兼子一・竹下守夫『裁判法〔新版〕』有斐閣昭和53年42頁注2。
- (24) 上山安敏『憲法社会史』日本評論社1977年308頁。
- (25) 同上。
- (26) 山下前掲論文168頁参照。
- (27) Helmut D. Fangmann, *Justiz gegen Demokratie*, Frankfurt/New York, 1979, S. 72.

Ⅱ 裁判官の審査権と国事裁判所

1. 国事裁判所の権限

ヴァイマル憲法が規定する国事裁判所の権限は、①大臣責任制と②連邦国家内の権限争議に大別できる。

- ① 国事裁判所は、ライヒ議会による、ライヒ大統領、ライヒ宰相及び国務大臣の憲法又は法律違反についての訴を裁判する（59条）。
- ② 国事裁判所は、(i)ライヒ法律の執行について意見の相違のある場合、ラントとライヒの機関の求めに応じてこれを裁判する（15条3項）、(ii)個々のラントの合併又は分離に際して財産処分について争いのある場合、当事者の一方の申立てによりこれを裁判する（18条7項）、(iii)ラント内の憲法争議についてラント内にこれを解決すべき裁判所のないとき及びラント相互間の、又はライヒとラントの間に私法的でない争議が生じたときは、当事者の一方の申立てによりこれを裁判する（19条）、(iv)ライヒ鉄道に関する国家高権について争いがある場合（90条）、鉄道、郵便及び電信行政のライヒへの移管の条件について争いがある場合（170, 71条）、これを裁判する。

国事裁判所は、これらの権限を行使することにより、「旧帝国憲法76条が規定する連邦参議院（Bundesrat）と同様の機能，即ち，中央集権国家のコントロール機関として機能する⁽¹⁾」よう期待されたのである。しかし、ライヒ法とラント法との適合性の審査は、ライヒ最高裁判所の権限とされ（13条）、ライヒ憲法とライヒ法律との適合性の審査は、ライヒ最高裁判所の権限とも国事裁判所の権限ともされなかった。

ヴァイマル憲法制定国民議会は、ライヒ憲法とライヒ法律との適合性を審査する権限について、その討議の対象としたが、意見の一致を見ることなく、この問題を後の学説及び判例に委ねた。しかも、この憲法制定過程における議論それ自体が、そこでの用語、論証などが不十分であるが故に、必ずしも明確なものとはいえない。したがって、「憲法委員会での議論は誤りと誤解に満ちており、それ故これを利用することはできない⁽²⁾」とするのは極論としても、一般に、憲法制定史は問題の解決には参考にならないと考えられている⁽⁴⁾。しかし、これは、制定史を自己の裁判官の審査権肯定論又は否定論の論拠にしようとする観点からみてそうなるのであって、ヴァイマル憲法時代の裁判官の審査権をめぐる議論を、一般の裁判官の審査権肯定・特別裁判所論と一般の裁判官の審査権否定・特別裁判所論という視点で整理しようとする立場にとっては、この制定史は多くの示唆を与えてくれる。

2. 憲法委員会における討議

これ以前にも若干の主張はなされていたものの⁽⁴⁾、ヴァイマル国民議会において本問題に関する本格的な討論がなされるきっかけを作ったのは、アプラス、ジンツハイマー、バイエルレ議員による国事裁判所の権限拡大に関する6月3日の提案である。1919年2月21日の憲法草案（第二政府草案）の第114条は、「ライヒ法律にもとづき、ドイツ・ライヒ国事裁判所を設置する。この法律が施行されるまで、ライヒ最高裁判所の合同部が互選する7名の裁判官から成る部（Senat）がこの権限を行使する。この部の手続は、ライヒ最高裁判所の合同部がこれを規律する。」と定めていた。本提案は、これに続いて次のような条文を追加することを求めるものである。

「ライヒ議会議員100名の申立てがあれば、国事裁判所は法律の憲法適合性及び行政行為の憲法原則との合致を審査する権限を有する。国事裁判所の判決は拘束力をもつ⁽⁵⁾。」

1919年6月6日の第39回会議において、憲法委員会はこの提案をとり挙げ、活発な議論をよんだ⁽⁶⁾。

(1) アプラス (Bruno Ablass) 議員——ドイツ民主党——の見解

まず、アプラスは、国事裁判所の権限拡大という彼らの提案が裁判官の審査権の問題と密接な関連性を有することを明言する。ただし、アプラスの言う裁判官の審査権が形式的審査権のみであるのか実質的審査権をも含むものであるかは明確でない。

「本提案は、現在の国法上の最も困難な問題の一つと密接に結びついている。問題は、区裁判所裁判官 (Amtsrichter) 並びにラント裁判所裁判官を含むすべての裁判官が、公布された法律についてそれが憲法に従って成立したか否かを審査し、その合憲性について十分な疑義のある場合には、当該法律を無効なものとして取扱う旨を宣言することができるか否かである。この問題は、既に憲法審議のいたるところで活発な議論を呼んだ。規律のし方には二つの可能性がある。イギリスの憲法によれば、制定された法律はあらゆる裁判官によって直ちに有効なものとして取扱われなければならない。いかなる裁判官も、どのような形で法律が成立したのかを審査する権限はない。すべての裁判官は、議会の意思を承認しなければならず、憲法に従って手続がなされたか否かについて疑念を生じさせてはならないのである。これと正反対の立場をとるのがアメリカの憲法である。アメリカの憲法によれば、法律の正当な成立は常に裁判官によって審査されなければならない。裁判官はそこで、議会が憲法によって画された枠内において行動したか否かを決定しなければならない。このように、イギリスの憲法とアメリカの憲法とは、全く正反対のものである⁽⁷⁾。」

次に、アプラスは、彼が狭義の形式的審査権を支持することを明言する。その論拠として彼は、ラーバントによりながら、狭義の形式的審査権論の古典的主張を繰り返す⁽⁸⁾。

「ドイツの憲法においては次のような状況である。プロイセンでは、裁判官は法律が正当に成立したか否かの審査を行うことができない旨の明文の規定があった。同旨のことは、法学者の見解によってもまたビスマルク憲法によっても支持されている。しかし、この問題は今日までライヒに関して争われ続けている。ラーバントは、国法学

者の圧倒的多数が、裁判官が法律の成立の合法性を審査する権限をもつという立場に立っていることを確認した後に、このような見解に対して、説得力ある根拠から反対している。即ち、ラーバントは、たとえばある法律が実際にも絶対多数を得たか否かを審査することなど絶対に不可能であることを指摘する。もしそうでなければ、誰かが法律の無効を主張すれば、裁判官は直ちに立法の全手続を審査しなければならなくなるであろう。グナイストが行った試みは、立法の手続的適合性 (Formalität) は裁判官の審査の対象とはならないが、法律が憲法と合致するか否かという実質的問題は審査の対象となることを述べることである。私の確信するところによれば、旧ライヒ憲法の下で裁判官が、ある法律が憲法に従って成立したか否かを審査した事例は皆無である。このような意見を支持し、裁判官の審査が公布についてのみ及び、法律の成立に関するすべての法的根拠には及ばないということを明示する場合には、本提案は、我々が提示した形で十分である。これに反して、もし我々がすべての裁判所に審査権を認めようとする場合には、——このような場合もまた、本提案は有益であり不可欠であるにもかかわらず——本提案が不必要なものとみなされる可能性がある⁽⁹⁾。」

さらに、アプラスは、彼独自の暫定提案という形で、憲法が裁判官の審査権を明文で否定するよう要求する。

「裁判官には法律の成立の審査を認めないというのが私の立場である。皆さんがこのような方向に対して疑念をもつならば——そして私の信ずるところによれば、このような文脈において強力な反対者としてライヒ大臣（プロイス——引用者）を見い出すことができる——このような問題に対して賛否を問う以外に方法はない。この場合、私はあえて私の共同提案者に、共同提案者が以下のような暫定提案に賛成する意思があるか否かを問うことになる。

『裁判官の審査権は、ライヒ法律及び命令の憲法適合性には及ばない。ライヒ議会議員 100 名の申立てがあれば、国事裁判所は法律及び命令の憲法適合性並びに一般行政規定の憲法原則との合致を審査する権限を有する。国事裁判所の判決は拘束力をもつ。』

私が法律の成立について述べたことは、意味上当然に、ライヒが制定する命令についても妥当する⁽¹⁰⁾。」

以上のように、アプラスは、彼の提案したいいわゆる抽象的規範統制手続に関する説明をここでは全く行わずに、裁判官の審査権否定論に終始している。ま

た、用語があいまいで、否定論の論拠自体も不十分である。したがって、彼の発言を一言で評せば、「国事裁判所に憲法裁判所としての性格を与えることの意義を積極的に主張するというよりも、ただ一般の裁判官の法令審査権の否定を繰り返し強調するといった消極的な発言に過ぎなかった⁽¹¹⁾」ということができよう。だが、逆に言えば、アプラスの見解は一般の裁判官の審査権否定・特別裁判所論の消極面を物語るものである。

(2) 連邦内務大臣プロイス (Hugo Preuß) —— ドイツ民主党 —— の見解

プロイスは、アプラスらのこのような提案に真向うから対立する。プロイスはまず、裁判官の審査権を法治国家に必須のものとみて、その排除が法治国家の否定につながると主張する。と同時に、裁判官の審査権はそれが明文で排除されない限り無条件に存在すると考えるプロイスは、裁判官の審査権を明文で憲法に導入することに対しては消極的である⁽¹²⁾。

「私はこのような規定（アプラスの提案する規定——引用者）がその消極的側面故に非常に疑わしく、そして新しいドイツ・ライヒにおける法治国家性を否定するものであると考える。裁判官の審査権は、それが明文で排除されていない限り、無条件に存在するものである。本憲法以前にも、これに関する議論が行われていた。一方からは、裁判官の審査権を排除するこのような規定を導入することが要請され、もう一方からは、裁判官の審査権の明文による確立が望まれた。私はこの両者を排除することに賛成する。なぜなら、私は、もし何も語られていない場合には裁判官の審査権は自明のものであることを確信するからである。私は、原理的問題に関して、ラーバントに反対するグナイストの立場に立つものである。ラーバントは、彼が一つの原則から全く不合理な結論を導いたことによって、不条理なこと（ad absurdum）を帰結し、そしてそれによっておそらくは彼が十分には証明できなかったであろう彼の原理を証明することを常に心得ていた。国法学者の多数が、裁判官は審査権をもつと主張するとき、彼らは、全く正当にもラーバントに反対するのである。裁判所は憲法を知らなければならない。それ故、一般的な見解もまた、プロイセン憲法と違いライヒ憲法には何も規定されていないのであるから、ライヒ法において法律の合憲性に関する裁判官の審査権が存在するとの意見なのである⁽¹³⁾。」

次に、プロイスは、裁判官の審査権のうちでも、いわゆる実質的審査権を肯定する。ただ、形式的審査権については、これを否定するものなのか、或は、議会の自律権などによってそれが制限されていると考えるのかは明確でない。が、おそらく後者であろう⁽¹⁴⁾。

「プロイセン憲法はその第 106 条で裁判官の審査権を排除していたが、この第 106 条は、1850 年 1 月 7 日の国王の提案によって憲法に導入されたものである。そしてこれは、常に、1848 年の法治国家に対する反動のセンセーショナルな勝利であるとみなされていた。誰が一体これを新しい憲法に受け入れることを望むであろうか。ラーバントはグナリストに対して、もしグナリストの考えを採れば、裁判所はライヒ議会において必要な投票数が得られた否かの審査までやらなければならないと批判した。しかし、この批判は、極端な例によって問題を不合理な方向にもってゆこうとする手品みたいなものである。公的信頼 (publica fides) をもつ確認がなければうまくゆかないことは当然である。しかし、直ちに承認されるように、ライヒ議会の議長が、本法律は賛成多数で可決されましたと宣言した場合、この確認は単なる事実の経過に公的信頼を付与するのである。付言すれば、アメリカでは、この種の審査は行われておらず全く自明のこととして、実質的な憲法適合性の審査のみが行われている。そして、ここで私が言わなければならないのは、もし裁判所が自らの確信によれば実質的に憲法に違反する法律を適用するよう強制されるならば、完全な意味での裁判官の活動など考えられないということである⁽¹⁵⁾。」

さらに、プロイスは、アプラスらの提案がライヒ議会に対する他律的コントロールにならないことを述べる。プロイスにとって、アプラスらの提案と議会の自己審査との相違はあまりない。またここで、一般の裁判官の審査権と市民の権利保護との関連性が明確に示されているのも、この時期としては、注目値する。

「皆さんは、裁判所から審査権を奪い、それに替えて、100 名のライヒ議会議員の申立てにもとづいて活動する一つの例外裁判所を作ることによって、一つの打開策を選択しようとする。これは——ライヒ議会の議員には申しわけないが——ある一定の限界まで狼に羊の番をさせるような規定である。つまり、ライヒ議会は違憲の法律を制定しておきながら、もしライヒ議会の議員 100 名が問題だと考えれば、当該法律の

違憲性を主張するというのである。このことは、一般の裁判官からその最も重要な任務を奪った場合これによりすべての市民から奪われることになる権利保護に対するいかなる代替物でもないのである。プロイセン憲法では特別の規定によって裁判官の審査権が排除されていたのに対して、1871年憲法では排除されていないということは、プロイセン憲法に対する1871年の『自由主義的』ライヒ憲法の長所であるとして常に強調されたのである⁽¹⁶⁾。」

最後に、プロイスの主張がアプラスらの主張——いわゆる抽象的規範統制手続——を全く否定するものではなく、その根底にある裁判官の審査権の排除に反対していることが明確となる。

「アプラス議員の暫定提案による排除規定なしに、また原則的な問題について直ちに結論を出すことなく、ある一定の数のライヒ議會議員にこの種の問題の決定を求める可能性を与えるか否かは、全く別の問題である。歴史的観点からみて、実際ごくまれではあるが憲法適合性に関するこの種の審査が行われたことは、正当であると考えられうる。今後このような事態が生じるか否かについては、十分に考えなければならないであろう。しかし、どのようなことになろうとも、私は、法律の憲法適合性を審査する裁判官の権限を排除することには反対である⁽¹⁷⁾。」

以上のように、プロイスの見解を仔細にみると、彼の主張の重点が裁判官の審査権肯定論であって、必ずしも特別裁判所否定論ではないことが明確である。特に最後の引用文でも明らかなように、プロイスは裁判官の審査権を前提とする特別裁判所論に対して反対していないのである。無論、特別裁判所論といっても、ここで議論されているのが抽象的規範統制手続だけである点を考慮に入れば、この見解には若干の留保を必要とするであろう。しかし、いずれにせよ、アプラスらの、特にここではアプラスの提案が明確に一般の裁判官の審査権否定・特別裁判所論であることと対比すれば、プロイスの見解が一般の裁判官の審査権肯定・特別裁判所論へと展開する余地を十分にもっているといえる。

(3) カール (Wilhelm Kahl) 議員——ドイツ人民党——の見解⁽¹⁸⁾

カールはまず、議論すべき問題を拡大し、行政庁による法律の形式的審査権と裁判官による法律の実質的審査権という二つの問題を提示する。

「今問題となっているのは、裁判官の審査権という、広汎で困難な問題である。この問題を限られた時間で論じ尽くすことはできない。しかし、私はあえて、私の政治的同僚の名においてアプラス議員の提案を拒否する旨の所見を述べる。当初より問題全体にわたり、誤った見解が存在している。人は裁判官の審査権について云々するが、しかし、問題は裁判官の審査権に限定されるものではなく、官吏による法律の合憲性の審査全般に拡大される。官吏も又、実際には法律でない法律規範を適用してはならない。問題を裁判官の審査権に限定するのは、ずっと以前から行われている誤りである。かえって逆に、問題なのは行政庁の審査権なのである。したがって、本問題には二つの異なった問題がある。即ち、法律の合憲的成立に関する行政庁の審査権と、法律の内容上の合憲性に関する裁判官の審査権である⁽¹⁹⁾。」

彼はここで、アプラスの提案に対して反対する旨の発言を行っているが、これは、最後に明らかとなるように、国事裁判所の権限拡大に対してであって、アプラスらの提案の前提となる裁判官の審査権否定については、むしろ両者の見解が一致していることに注意する必要がある。また、なぜ形式的審査権を行政庁のそれに限定したのかも、不明確である。ともかく、カールは、彼の提示した二つの問題について順次検討を加える。まず、形式的審査権について、彼は狭義の形式的審査権論を展開する。

「まず第一に、法律の合憲的成立の審査、即ち、制定された規範が当該法律に関する憲法上の手続を最初から最後まで遵守したか否かを審査するという問題である。これが行政庁に認められるであろうか。疑いなく——そしてこの点でライヒ大臣と意見の一致をみたのだが——原則的には、それが法規範によって明示的に排除されていない場合は、常に当然に認められる。

しかし、ここで問題が生じる。即ち、ある法規範が憲法上の手続を遵守したことを直ちに明らかにするような形式的規準が、行政庁にとって存在しないのではないかという問題である。だが、問題はない。なぜなら、この規準は公布様式の中に存在するからである。もし、以前に行われていたように、『我々は……を制定する』等の宣言がなされたならば、それによって同時に、法律はその憲法上の手続を遵守したことが

確認され、そしてこの場合、行政庁の側でこれを再審査することは認められない。したがって、法律が憲法上の手続を遵守したか否かを審査するのは、立法手続内部の特別の段階、即ち、本来の認証に先立って存在する段階の任務なのである。法律の冒頭に、憲法上権限ある機関がこの法律を議決した旨の文言があれば、これによって、その都度行政庁に対して、当該法律が憲法上の手続を遵守したことが確認され、そしてその限りで特別の審査には服さないのである。それ故、一連の憲法において、法律が正当に公布されたならば行政庁はこれを適用しなければならないと言われているのは、正当である⁽²⁰⁾。」

さらに、カールは実質的審査権について検討し、これを否定する。なぜかここでは、否定される対象が裁判官及び行政庁の実質的審査権となっている。

「法律の内容の憲法上の問題、即ち、制定された法規範が憲法の内容、いやそれ以上に憲法の精神に実質上合致するか否かの問題は、前述の問題とは異なる。というのは、私が強い確信をもって従来教えてきたし現在でも教えているように、このような審査を裁判官又は行政庁に委ねることはできないからである。けだし、これによって、立法と司法及び行政との限界が實際上消滅し、一つの大きな矛盾が生じるからである。それによって、裁判官は法律の上に立つことになるが、常に強調されているように、裁判官は法律の下にあるのである。それ故、このような審査権は、それが諸外国の裁判官に認められ行使されているといえども、否定されるべきなのである。もし内容上の憲法適合性を審査に服せしめるようなことにでもなれば、一連の注目すべき帰結、特に、裁判官は権力の正当性それ自体を審査すべきであるという結論に至るのである。これは、疑わしい重大な結論である。したがって、法律の内容上の憲法適合性審査は、行政官庁にも裁判所にも属さないのである。

アプラスの提案の特別の内容に関していえば、本提案は、このような事例に対する一種の例外裁判所を作るというそれ自体重大な疑念を孕んでおり、それ故、この提案に同意することはできない⁽²¹⁾。」

以上のように、カールの見解は、一般の裁判官の審査権を狭義の形式的審査に限定し——実質的にみれば形式的審査権の否定——、特別裁判所における審査も否定するもので、アプラス、プロイスの見解よりも一層消極的である。

(4) デューリンガー (Adelbert Düringer) 議員——ドイツ国民党——の見解

デューリングは、裁判官の審査権を肯定するが、これが形式的審査権のみか実質的審査権をも含むものかは、明確にない。彼の肯定論の論拠は、裁判官の審査権と裁判官の独立との密接な関連性にある⁽²²⁾。また、アプラスの提案は、これが当事者に不当な負担を強いるという理由から、拒否される。

「私が驚くのは、まさに民主主義憲法にあってそして左翼の側から繰り返し繰り返し、裁判官から命令及び法律の憲法適合性を審査する権限を明示的に奪うことによって、裁判官の独立に対する攻撃が行われていることである。私はカール議員でなくプロイス議員の意見に賛成である。行政官吏の法律及び命令に対する審査権限と裁判官のそれとの間には大きな差異がある。裁判官は法律の合憲性について審査すべきであるが、これに対して、行政官吏は命令を行政庁の指示に従い執行しなければならない。

裁判官に対してこのような審査を全面的に免除するようないかなる外見的な判断基準も存在しない。たとえば、公布様式は審査を免除するものではない。それ故、裁判官は断じて安心することはできない。裁判官が事案の根源を極めそしていかなる形式において法律又は命令が公布されたかということに左右されないことが、裁判官の地位、即ち、裁判官が自由で独立であることに唯一適合する。

アプラス議員の提案に対する実際上の必要性は存在しないように思われる。命令の法的拘束力が、裁判官、特に刑事裁判官をわずらわせる事例もあるが、しかしこのような事例でも、特別な国事裁判所というものが必要であるわけではない。当事者の利益からみても、このような手続の導入は、これを害する可能性がある。なぜなら、その判決が下されるまでに長い時間を要することになるであろうからである。このような實際上及び理論上の理由から、アプラス議員の提案は拒否されるべきである⁽²³⁾。」

以上のように、デューリングの見解は、一般の裁判官の審査権肯定・特別裁判所否定論である。そして、彼の立論の特色は、裁判官の審査権を彼の強く主張する「裁判官の独立」(本稿Ⅰ 2(4)参照)から導き出すことにある。このような考え方は、前世紀後半から主張されているものであるが、ヴァイマル憲法第102条「裁判官は独立であり、法律にのみ拘束される」の解釈を通じて、ヴァイマル憲法時代の審査権肯定論の有力な根拠となるのである。つまり、裁判官は独立であり法律にのみ服するが、その法律は有効なものでなければならない。したがって、裁判官は自己が適用しようとする法律が、合憲・有効なものか、違憲・無効なものかを審査することができる。このような形での裁判官

の審査権肯定論は、ボン基本法の下でも広く主張されている⁽²⁴⁾。

(5) ジンツハイマー (Hugo Sinzheimer) 議員——社会民主党——の見解

ジンツハイマーは、まず、アプラス議員とともに、裁判官の審査権について実質・形式とも否定するが、アプラスの暫定提案のようにこれを憲法において明文化することには反対する。

「カール議員の見解は正当である。なお彼の見解に付言すれば、法律の合憲的成立に関する審査の権限、たとえば多数が正しく確定されたか否かの審査の権限も、裁判官に無理に与えることはできない。しかし、法律の合憲的成立及び憲法上の内容の審査が裁判官による審査に服さないことは、明文で規定されるべきではない。なぜなら、行政官吏もまた、法律が正当に公布されたか否かについて顧慮すべきであるからである。それ故、問題はより一般的なものである。我々提案者は、暫定提案から第一文（「裁判官の審査権は、ライヒ法律及び命令の憲法適合性には及ばない」——引用者）を削除する。なぜなら、主たる問題は解明されていると考えられるからである⁽²⁵⁾。」

次に、ジンツハイマーは、提案第2文の国事裁判所による審査の民主主義的傾向を強く主張する。

「第二文は、民主主義的方向での偉大な進歩を含んでいる。そこでは、国事裁判所というものが憲法の保障のために認められているが、これは、たとえばアメリカのような偉大な民主主義国家すべてが導入しているものである……。民主主義が前提とするのは、単に多数派が有効であるということだけではなく、少数派が保護されなければならないそしてその少数者の保護が法的コントロールの下になければならないということである。この民主主義思想の真の姿が、第二文にあらわれている。法はあらゆる政治的合目的的衡量から独立していなければならない。それ故、国事裁判所が歓迎されるべきなのである……⁽²⁶⁾。」

このような見解には、社会民主党の有力な憲法政治家であるジンツハイマーの、多元的国家の不可欠の本質的条件への信奉とあらゆる形式の国家絶対主義の拒否があらわれているといわれる⁽²⁷⁾。最後に彼は、立法に対する一般的必

要性の有無の判断が国事裁判所の権限ではないことを述べる。

「我々が既に議決したように、ライヒ立法は、『一般的必要性が存在する限りにおいて』若干の場合に権限を有する。さて、ここで、国事裁判所は法律の制定に関して一般的必要性が存在したか否かという問題も裁判すべきかを決定しなければならない。しかし、これは特別の司法機関ではなく、議会在決定しなければならないこと明白である。それ故、我々提案者は、次のような一文を追加することに合意した。

『国事裁判所の裁判は、第9条によりライヒ法律の制定について一般的必要性が存在したか否かの問題には及ばない』⁽²⁸⁾」

したがって、この段階におけるジンツハイマーの見解は、一般の裁判官の審査権否定・特別裁判所論である。しかし、彼は後に、1928年の政府案に対する論評において、この制憲議会での彼の見解を修正し、審査権否定・特別裁判所否定論を主張している⁽²⁹⁾。

(6) コーン (Oskar Cohn) 議員——独立社会民主党——の見解

コーンは、アプラス議員に反対し、裁判官の審査権を承認する旨の発言を行っている。その主たる論拠として挙げられているのが、裁判官の審査権の国民に対する教育的効果である⁽³⁰⁾。

「カール議員の注目すべき主張は、この問題を理論的立場からのみ解決しようとするものであるが、本問題は、法政策的及び国民教育的観点、即ち、個々の国民を法治国家の成員となるよう教育するという立場から考えられなければならない。私は、ライヒ大臣プロイスの意見に賛成して、裁判官の審査権を、個々の人格がその発展過程において進歩するための挺子であると考え。もし、ジンツハイマーやアプラスの提案にそった規定が承認されれば、ある法律が内容上憲法に合致するか否かについて審査する手続は、手間と時間のかかるものとなろう。法治国家の発展に寄与するために、つまり、判決及び経済生活の事実上の発展が持続的に憲法の内容と合致することを目ざすために、すべての個人は、裁判官に対して、いつでも、提起された権利主張又は当該行政処分が法律にもとづいて行われているか否か、及び法律が憲法の内容に合致しているか否かを審査するよう求めることができなければならない。このような審査は、市民的権利の主張に限定されてはならず、行政処分にも拡大されなければならない

い。むしろ、このような目的を達成するためには、ある種の民衆訴訟 (Popularklage) を導入することが賢明である⁽³¹⁾。」

コーンの見解は、一般の裁判官の審査権肯定・特別裁判所否定論である。しかし、法律の憲法適合性審査権という重要な権限を行使する裁判所自身は、先のコーンの見解でも明らかなように (本稿 I 2(2)参照), 民主的コントロールに服する⁽³²⁾。この点で、同じ審査権肯定論でも、デューリンガーとコーンは対照的である。

(7) カッツェンシュタイン (Simon Katzenstein) 議員——社会民主党——の見解

カッツェンシュタインの発言で注目されるのは、アプラスらの提案によるいわゆる抽象的規範統制手続と並んで、最上級裁判所に国事裁判所への提訴権を認めるという一種の具体的規範統制手続を提唱していることである。

「提案者が、裁判官の審査権を明示的に否定する第一文を撤回したことにより、私見によれば、提案者の提案に反対する非常に本質的な根拠がなくなってしまった。なぜなら、もし我々が裁判所に対して、憲法の規定する諸原則との合致を審査することなく外見上正当に公布された法律を執行することを強制する場合には、我々は裁判所を機能停止に至らしめることができるからである。

なお残された問題は、国事裁判所の審査を求める権限を裁判官にも与えるべきか否かである。裁判の統一という観点からいって、すべての個々の裁判所が実質的に自己に提示された法律を審査することは、得策ではない。むしろ、最終審として裁判するすべての裁判所が、100名の議員と同様に、国事裁判所の審査を求める権限を有するとする可能性がある⁽³³⁾。」

以上のように、カッツェンシュタインの見解は、一般の裁判官の審査権肯定・特別裁判所論である。

(8) バイエルレ (Franz Beyerle) 議員——中央党——の見解

バイエルレは、ここで争われている裁判官の審査権の問題の解決を留保した

上で⁽³⁴⁾、国事裁判所の権限拡大という点での同意を求めている。

「我々は、次のような線で意見を一致させることができるであろう。即ち、我々は、裁判官の審査権という大きな問題を断念するが、しかし提案にみられる積極的思想には同意する。私は、提案の文言を少し修正して——『行政行為』を『一般的行政命令』に修正して——提案を承認することを求める⁽³⁵⁾。」

このバイエルレ議員の発言に続いて、憲法委員会の議長ハウスマン (Conrad Haußmann) ——ドイツ民主党——は、討論を打ち切り、アプラスの提案 (提案 273 号) を次のようにまとめた。

「ライヒ議会の 100 名の議員の申立てがあれば、国事裁判所は法律及び命令の憲法適合性並びに一般行政規定の憲法の原則との合致について審査する権限を有する。国事裁判所の裁判は拘束力をもつ。国事裁判所の裁判は、第 9 条によりライヒ法律の制定について一般的必要性が存在したか否かの問題には及ばない⁽³⁶⁾。」

採決が行われ、アプラス議員の 273 号の提案は否決された。アプラス議員の新しい提案は、11対11の同数で否決された⁽³⁷⁾。

以上のような問題の検討をもって、憲法委員会の司法の章に関する討議が終了したが、国事裁判所に関する規定については、諸邦委員会によって提案された案 (第二政府草案) は内容上なんらの変更も加えられなかった。草案第 114 条は、最終的な憲法委員会案では第 106 条と第 169 条に分割され、その後若干の修正を受け、ヴァイマル憲法 108 条及び第 172 条となった。

「第 108 条 ライヒ法律の定めるところにより、ドイツ国国事裁判所を設置する。

第 172 条 国事裁判所に関するライヒ法律が施行されるまで、その権限は 7 名から成る評議会がこれを行う。7 名のうち 4 名はライヒ議会が、3 名はライヒ最高裁判所がその裁判官の中から選出する。評議会における訴訟手続は、評議会自らこれを定める。」

3. 裁判官の審査権と特別裁判所による審査

以上のような憲法委員会における討議を、一般の裁判官の審査権を肯定する論者と否定する論者に分類すれば、プロイス、デューリンガー、コーン、カッツェンシュタインが肯定論、アプラス、カール、ジンツハイマーが否定論であると考えられる⁽³⁸⁾⁽³⁹⁾。これに、国事裁判所における法律の憲法適合性審査を肯定するか否定するかという観点を付加すれば、以下のようなになる。即ち、一般の裁判官の審査権を肯定しさらに国事裁判所における審査を肯定する考え（審査権肯定・特別裁判所論）がプロイス、カッツェンシュタンであり、一般の裁判官の審査権は肯定するが国事裁判所による審査を否定する考え（審査権肯定・特別裁判所否定論）が、デューリンガー、コーンであり、一般の裁判官の審査権を否定するが国事裁判所の審査を肯定する考え（審査権否定・特別裁判所論）が、アプラス、ジンツハイマーであり、一般の裁判官の審査権を否定し国事裁判所の審査も否定する考え（審査権否定・特別裁判所否定論）が、カールである。

注

- (1) Fangmann, a. a. O., S. 76.
- (2) Walter Jellinek „Verfassungswidrige Reichsgesetz“ DJZ 1921, Sp. 753.
- (3) たとえば、このように考える代表的論者として、H. トリーベルとG. アンシュッツを挙げることができる。両者の見解については、拙稿「ヴァイマル憲法下の裁判官の審査権(1)」城西大学経済学会誌第20巻2号参照。
- (4) たとえば、53回会議におけるシュパーン (Spahn) 議員の発言 (Verhandlungen, Bd. 328, S. 1463)。
- (5) Antrag Nr. 273 vom 3. Juni 1919.
- (6) ヴァイマル憲法時代の裁判官の審査権に関する論文のほとんどが、何らかの形でこの論争に言及している。たとえば邦語文献に限っても、阿部照哉「ワイマール憲法下の憲法裁判」長尾久衛編『現代における法と行政』法律文化社昭和56年36頁。石村修「憲法保障制度の基本問題」専修法学論集第27号190頁以下、寛道豊治「ドイツにおける裁判所の法律審査についての諸問題」阪大法学第3号24頁、川北洋太郎「西ドイツ基本法における違憲立法審査権」学習院大学政経学部研究年報第1号61頁以下、熊田道彦「平等原則における立法者拘束説(4)」山梨大学教育学部研究

報告第23号124頁、清水望『西ドイツの政治機構』成文堂昭和44年421頁以下、鳥居喜代和「フーゴー・プロイスの基本権理解に寄せて」札幌商科大学学会論集第34号法律編106頁以下、林田和博「裁判官の法律審査権論」法政研究第12巻第2号43頁、山下健次「基本権規定の法的性格の展開（一）」立命館法学第46号23頁以下、など。特に、林田論文では各議員の見解が具体的に紹介されている。

(7) Verhandlungen Bd. 336, S. 483.

(8) アプラスはここで、ラーバントと共に、グナイストの見解を紹介している。アプラスの言では、グナイストは形式的審査権を否定し実質的審査権を肯定しているようにもとれる。もしそうであるならば、これは誤解である。これについて、Richard Thoma „Das richterliche Prüfungsrecht“ AöR 43, 1922, S. 268 及び拙稿「19世紀」参照。

(9) Verhandlungen, Bd. 336, S. 483.

(10) Ebenda.

(11) 鳥居前掲論文 106 頁。

(12) このことをより明確に表しているのが、1924年2月26日付のプロイスの F. M マルクス宛の私信である。「いわゆる裁判官の審査権の古くからの支持者として私は、ライヒ憲法の草案の中にこのような意味における明示的な規定を導入することを考えていた。しかし、さしせまった実際上の必要性なしに原理的な論争問題に手をつけないというどこでも行われている配慮故に、これを断念した。私の第一草案の審議の際に議員 (Volksbeauftragte) であり、後にライヒ大臣となったランズベルク (Otto Landsberg) が、いわゆる裁判官の審査権を明文で否定する規定の導入を提案した。その主たる動機は、当時、所得税法を所有権侵害を理由として違憲であるとしたアメリカの連邦最高裁判所の有名な判決である。私は、このような排除規定が私の法確信に反するものであると考え、その導入をきっぱりと拒否したが、しかし、この問題の明文による決定が憲法に導入されないということにとどまった。」(Fritz Morstein Marx, Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtsmäßigkeit des Gesetzes, Berlin-Grunewald, 1927, S. 32 f.)。この私信でもう一つ注目されるのは、アメリカ法の影響である。議事録でみる限りランズベルクの見解の意図がどこにあったかは不明確であるが、プロイスがランズベルクの見解をそのように考えていたこと自体、ヴァイマル憲法制定過程においてアメリカ合衆国の状況も注目されていたことをはっきりとあらわすものである。

(13) Verhandlungen, Bd. 336, S. 483 f.

(14) W. イエリネックは、プロイスの見解を前者の意味に解し、これを批判する。即ち、「プロイスによって主たる証人として依拠されたグナイストは、プロイスとは全く逆に形式的審査権は肯定するが実質的審査権はこれを否定している」(W.

Jellinek, a. a. O., Sp. 753 f.) と。確かに、イエリネックのいうように、グナイストは形式的審査権を肯定し実質的審査権を否定する。しかし、グナイストの形式的審査権もすべての事項に及ぶわけではなく、議会の自律権などによって制限されることはグナイスト自身も述べている（拙稿「19世紀」170頁以下参照）。また、プロイスも実質的審査権肯定のためにグナイストの見解に依拠しているとは明確にはいえない。これらを考えると、「プロイスには偏見があり、その主張は誤っている」（a. a. O., Sp. 753）ことの例証として、プロイスとグナイストの見解に相違があることを持ち出すのは疑問である。

(15) Verhandlungen, Bd. 336, S. 484.

(16) Ebenda.

(17) Ebenda.

(18) この前に、プロイセン商務大臣フリック（Wilhelm Frick）の発言があったが、これが専ら行政行為の審査に関するものが故に、ここでは割愛する。

(19) Verhandlungen, Bd. 336, S. 484.

(20) A. a. O., S. 484 f.

(21) A. a. O., S. 485.

(22) キュルツもこの点に注目している。Vgl. Wilhelm Külz „Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts“ DJZ 1926, Sp. 838.

(23) Verhandlungen, Bd. 336, S. 485.

(24) 拙稿「19世紀」194頁参照。

(25) Verhandlungen, Bd. 336, S. 485

(26) Ebenda.

(27) Vgl. Wehler, a. a. O., S. 65. 彼はこれに続いて次のように述べる。「ジンツハイマーの態度は、社会民主党において生じた意見の変化をはっきりとあらわすものである。エアフルト綱領においてなお、裁判は原則として国民によって選挙された裁判官の手に委ねられていたときに、ジンツハイマーだけが裁判官の独立を擁護しており、その後これが、ゲルリッツ綱領（1921年9月——引用者）によって明確に確認されることになった」（Ebenda）。

(28) Verhandlungen, Bd. 336, S. 485.

(29) 1928年の政府案は、今日の具体的規範統制・抽象的規範統制手続と類似の手続を予定していた。ジンツハイマーはこのような政府案に対して、①これがライヒ憲法の立脚する議会体制を排除するものであること、②これが社会法の発展を危うくし、阻止するという理由で反対している。このような、特に①の、批判の中で、彼は次のように述べる。即ち、「これについて私は、個人的な所感を述べなければならない。私は当時、ドイツ国民議会の議員として、ここで引用したカールの見解を支持

した。しかし、それに続く私の発言は、彼の原則的立場とは一致せず、それ故、不明確で矛盾に満ちたものであった。したがって、今日の私の見解は——近時の多様な経験によって余計なものが流れ落され——、10年以前私が今日の草案の意味において行った個々の主張とは異なったものになっている (H. Sinzheimer „Chronik“ Die Justiz, Bd. 4, Heft 4, S. 639.)。

- (30) このような裁判官の審査権の教育的効果について、以前は、H. ヤークエス、同時代では G. ラートブルフの発言がある (拙稿「19世紀」183 及び 186 頁参照)。
- (31) Verhandlungen, Bd. 336, S. 485 f.
- (32) この点を、ファングマンはコーンの見解の矛盾であるとする。即ち、「コーンが以前、階級司法であると非難した同じ裁判官を審査権によって教育できると考えたことは、理解しかねる」 (Fangmann, a. a. O., S. 73)。
- (33) A. a. O., S. 486.
- (34) アンシュツは、憲法制定国民議会での議論が、明確な意見の対立故に、一つの結論に至らなかったとして、その例証にこのバイエルレ議員の発言を挙げている (Vgl. G. Anschütz, a. a. O., S. 371)。
- (35) Verhandlungen, Bd. 336, S. 486.
- (36) Ebenda.
- (37) Vgl. Ebenda.
- (38) Vgl. Ernst von Hippel „Das richterliche Prüfungsrecht“ in: G. Anschütz/R. Thoma (hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrecht, Bd. 2, Tübingen, 1932, S. 552; R. Thoma a. a. O., S. 268. これに対して、タイゼンは、バイエルレを否定論に入れ、賛否同数 (4 対 4) であるとする (Vgl. E. Theisen „Verfassung und Richter“ AöR 48, S. 268)。
- (39) 一般の裁判官の審査権肯定論・否定論は、政党所属によって割り切れるものではない。たとえば、「アプラス、ジンツハイマー、バイエルレはそれぞれ所属政党が異なるし、同じ社会民主党のジンツハイマーとカッツエンシュタインは否定・肯定論に分かれる」 (Wehler, a. a. O., S. 63 f.)。したがって、政党所属によって分類できるとする見解 (たとえば, Rüdiger Oswald, Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen und Verordnungen in der konstitutionellen Monarchie unter Weimarer Reichsverfassung, Mainz, 1974, S. 112) は妥当でない。

Ⅲ 国事裁判所法制定過程における議論

1. 国事裁判所の人的構成

ヴァイマル憲法第 172 条によって予定された国事裁判所に関する法律は、1921年 7 月 9 日にライヒ議会で議決され、1922年 8 月 2 日に施行された。この、35ヶ条からなる「ドイツ国国事裁判所法」(以下、「国事裁判所法」)⁽¹⁾ は、ヴァイマル憲法が規定する国事裁判所の権限について、裁判所の構成、訴訟手続を具体化したものである。

たとえば、裁判所の人的構成についてみると、手続によって三つに大別される。先に示した分類(本稿Ⅱ 1 参照)でいえば、①の場合には、ライヒ最高裁判所の長官を裁判長に、プロイセン上級行政裁判所、バイエルン最上級ラント裁判所、ハンザ同盟上級ラント裁判所の裁判官各 1 名、ドイツ人弁護士 1 名並びに、ライヒ議会及びライヒ参議院によって半数ずつ選出された 10 名の陪席判事、計 15 名の構成員によって裁判が行われる(国事裁判所法第 3 条, 31 条)。②(i)(ii)(iii)の場合には、ライヒ最高裁判所の長官を裁判長に、3 名のライヒ最高裁判所の顧問及び、プロイセン上級行政裁判所、バイエルン上級行政裁判所、ザクセン上級行政裁判所の裁判官各 1 名、計 7 名の構成員によって裁判が行われる(第 18 条 1 項, 31 条)。②(iv)の場合には、ライヒ最高裁判所の長官、プロイセン上級行政裁判所、ライヒ最高裁判所の参事各 1 名及び、ライヒ議会、ライヒ参議院によって半数ずつ選出される 4 名の陪席判事、計 7 名の構成員によって裁判が行われる(第 18 条 2 項, 31 条)。

これらの規定を、ヴァイマル憲法第 172 条による暫定的な構成——「国事裁判所に関するライヒ法律が施行されるまで、その権限は 7 名から成る評議会がこれを行う。7 名のうち 4 名はライヒ議会が、3 名はライヒ最高裁判所がその裁判官の中から選出する。」——と対比させると、②(i)(ii)(iii)の場合、つまり、連邦国家的憲法争議について、議会選出の裁判官が排除されていることがわかる。このことは、重要である。なぜなら、これは、「国事裁判所の民主主義的正当性が部分的に後退したことを意味する⁽²⁾」からである。

2. 法務委員会における討議

この国事裁判所法の制定過程において、先のヴァイマル憲法制定会議において討議され、否定された国事裁判所の権限、即ち、ライヒ法律の憲法適合性の審査権限が、再び議論された。

1920年11月19日のライヒ議会第30回会議において、国事裁判所法草案が第20委員会（法務委員会）に回付された。第20委員会は、同年11月末から翌年1月にかけて、この草案を審議した⁽³⁾。この審議の過程で、先の憲法委員会で議論の対象となったアプラス議員らの提案と類似の提案がなされた。草案第2条は、「国事裁判所は次の事項を取扱い、裁判する権限をもつ。(1)ライヒ憲法第15条3項の場合における意見の相違について、(2)ライヒ憲法第18条7項の場合における財産上の争いについて、(3)他の裁判所の権限でない限り、ライヒ憲法第19条1項の場合における争訟について。」と規定している。提案は、この第2条に、第4号として以下の規定を付加するように要求する。

「法律の合憲性について、ライヒ議会又はライヒ参議院において意見の相違がある場合、ライヒ議会の100名の議員又はライヒ参議院の4分の1の議員によって、議決後直ちに、国事裁判所の裁判が求められたとき⁽⁴⁾」

以下、委員会が本会議に提出した委員会報告書に依って、この提案をめぐってなされた委員会での議論をみてゆくことにする⁽⁵⁾。まず、提案者の趣旨説明がある。

「提案した規定は、裁判所に法律の憲法適合性審査権限が認められるか否かに関係なく、必要なものである。ライヒ議会及びライヒ参議院の少数者が、単純多数によって議決された法律の憲法適合性に対して異議を申立て、そしてこれについての即座の解明を引き出すことができるという可能性がなくてはならない。現行法では、政府のみが法律の公布前に、その法律の合憲的成立について審査する義務を有する。しかし、政府は、法律を議決したのと同じ多数派によって構成されるものにすぎない。したが

って、国事裁判所がこのような審査を行うべきである⁽⁶⁾。」

提案者の意図は、国事裁判所と一般の裁判所の審査権の問題を別個のものと考え、一般の裁判官の審査権の問題を未解決のままに、議会の少数派を保護するために国事裁判所の審査権を承認することにある。しかし、憲法委員会での討論でも示されたように、両問題は密接に結びついている。このことは、次に述べる法務委員会での討議が、国事裁判所の審査権の是非よりも、一般の裁判官の審査権を中心になされていることでも明らかである。

A議員の見解は、一般の裁判官の審査権肯定・特別裁判所論である。

「提案された規定は、ライヒ憲法自身の中に受け入れられるであろう。憲法改正が他の法律の形式において行われることもまれではない。裁判所が法律の正当な成立、特にその憲法適合性を審査する権限と義務を有するか否かの問題は、現行法上、明確に肯定されるべきである。国事裁判所とその他の裁判所という二つの機関が法律の憲法適合性審査権を有するとするならば、両者の間に相対立する判決が生じる可能性がある。いずれの判決が優位すべきであろうか。提案中の『直ちに』という表現は、不适当である——この表現が一体何を意味するのかそして誰が『直ちに』か否かを審査するのかが不明確である⁽⁷⁾。」

これに対して、B議員の見解は、一般の裁判官の審査権肯定・特別裁判所否定論である。

「同じく、私も、法律の合憲的成立に関する裁判所の審査権を認める。提案は、裁判所のこの当然の独立した権限を侵害することを意味する。もし、提案された意味における申立てがライヒ議会においてなされない場合、又は、100名の議員の賛同が得られない場合、あらゆる法律は無条件に合憲であるとみなされるべきか否かという問題も生じる⁽⁸⁾。」

このように、両議員とも一般の裁判官の審査権を前提とした上で、本提案の問題点を指摘している。次に、提案者が再度発言するが、この問題に対しては答えていない。

「ラントの議会において多数派と少数派との間に憲法争議が生じ、かつこのような争議がラント自身において決定されえない場合には、国事裁判所が当該問題を裁判する権限を有する。ラントに対して妥当することは、ライヒに対しても行われるべきである⁽⁹⁾。」

続いて、C議員が発言する。Cの見解はB議員と同様に、一般の裁判官の審査権肯定・特別裁判所否定論である。

「法律の憲法適合性審査を一般裁判所に委ねることに賛成する。我々は、次のことを看過してはならない。即ち、ライヒ議会において100名以上の議員を有する政党は、法律の憲法適合性に対して疑念を示すことによって、当該法律の成立を阻止することができるのである⁽¹⁰⁾。」

最後に、政府代表が、本問題はすでに解決済みである旨の発言を行い、討議を打ち切った。

「本問題については、既に憲法制定国民議会の憲法委員会が取扱い、法律の憲法適合性審査に関するいかなる特別機関も設置しないという決定を行っている⁽¹¹⁾。」

採決が行われ、草案第2条1号乃至3号は反対なく承認されたが、提案された第4号は、委員8名中6名の反対で、否定された⁽¹²⁾。これにより、裁判官の審査権をめぐる問題の解決は、立法過程から、真の意味で、判例及び学説に委ねられることになった⁽¹³⁾。

注

- (1) Das Gesetz über den Staatsgerichtshof vom 9. Juli 1921 (RGBl Nr. 74 S. 905).
- (2) Fangmann, a. a. O., S. 78.
- (3) Vgl. Bericht des 20 Ausschusses über den Entwurf eines Gesetzes über den Staatsgerichtshof, Verhandlungen des Reichstages (以下 Verhandlungen) Bd. 365, Anlagen, Aktenstück Nr. 1592, S. 1136.

- (4) Verhandlungen, Bd. 365, S. 1137 f.
- (5) 委員会報告書には、発言者の個人名は示されていない。なお第20委員会の委員名簿には、先に言及したデューリンガー、カールの名がみえる (Vgl. Verhandlungen, Bd. 365, S. 1148)。
- (6) Verhandlungen, Bd. 365, S. 1138.
- (7) Ebenda.
- (8) Ebenda.
- (9) Ebenda.
- (10) Ebenda.
- (11) Ebenda.
- (12) Vgl. Ebenda.
- (13) 「法務委員会における国事裁判所に関する法律案の審議の際に、本問題の議会での取扱いが最終的に断念された」 (Peter Jeschke „Prüfungsrecht gegenüber verfassungswidrigen Reichsgesetzen“ JW 1922, S. 81)。

結 語

以上のように本稿は、ヴァイマル憲法下の裁判官の審査権に関する論争の出発点となった制憲議会及びライヒ議会での討議を検討したが、その結果、次のことが確認される。

第一に、後の論争において一般の裁判官の審査権否定論の有力な論拠となる裁判官に対する不信が、既にヴァイマル憲法制定の段階であらわれていることである。このことは、裁判官の審査権という問題におけるビスマルク憲法時代とヴァイマル憲法時代との連続性を明らかにする。つまり、後の論争において、一般の裁判官にライヒ法律の憲法適合性審査権限を与えることに反対した論者の多くが、裁判官の保守性を指摘したが、その念頭にあったのは、ヴァイマル憲法時代の裁判官の活動だけではなく、ビスマルク憲法時代の裁判官の活動なのである。これと対比して、後の審査権肯定論の有力な論拠となる議会に対する不信は、この段階ではそれほど明確にはあらわれていない。なぜなら、ビスマルク憲法時代の議会は国政の中心的役割を果たすことなく、行政府＝君主に対する抑制機関としての地位にあったのであり、国政の中心的役割を担うよう

ヴァイマル憲法によって要請された議会がその欠陥を露呈するのはもう少し後であるからである。

第二に、制憲議会及びその後のライヒ議会での討議では、問題は、ライヒ法律の憲法適合性審査権限を一般の裁判官に与えるのか特別の裁判所に与えるのかという二者択一ではない。一般の裁判官の審査権と特別裁判所の審査権とは次元の異なるものとして、それぞれ別個に、肯定論と否定論が主張されているのである。そしてここであらわれた四種の主張は、後の論争における四種の立場に継承されるのである。したがって、ヴァイマル憲法下の裁判官の審査権をめぐる議論も、一般の裁判官の審査権肯定論・否定論という類型でも特別裁判所肯定論・否定論という類型でもなく、このような四つの類型によって整理、分類されるのである。

以上の確認をふまえて、今後の研究は、このような四種の主張が後の政治・社会状況の変化の中で理論的にどのように展開していったのかを考察することである。この場合、考察の対象となるものとして、審査権肯定・特別裁判所論（肯定・集中論）ではH・トリーペルの見解が、審査権否定・特別裁判所論（否定・集中論）ではG・アンシュッツの見解が、審査権肯定・特別裁判所否定論（肯定・非集中論）ではC・シュミットの見解が、審査権否定・特別裁判所否定論（否定・非集中論）ではH・ヘラーやF・ノイマンの見解などが挙げられよう。